



L ' Europe de l' énergie : de la concurrence à la solidarité ?

Frédéric Marty

► To cite this version:

| Frédéric Marty. L ' Europe de l' énergie : de la concurrence à la solidarité ?. 2016. halshs-01273770

HAL Id: halshs-01273770

<https://shs.hal.science/halshs-01273770>

Preprint submitted on 13 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Document de travail

2016-04

L'EUROPE DE L'ENERGIE : DE LA CONCURRENCE A LA SOLIDARITE ?

Frédéric Marty

OFCE Sciences-Po

CNRS, GREDEG, Université Nice Sophia Antipolis

Février 2016



L'Europe de l'énergie : de la concurrence à la solidarité¹ ?

Frédéric Marty

Chercheur Affilié

Département Innovation et Concurrence

OFCE-Sciences Po. Paris

Chargé de recherche CNRS

UMR 7321 GREDEG – Université Nice Sophia Antipolis

Résumé

L'article 194 du TFUE a conféré de nouveaux pouvoirs aux instances européennes notamment dans le domaine de l'énergie. Une politique énergétique peut être menée dans une logique de solidarité afin de garantir des objectifs communs, tels la sécurité d'approvisionnement. Ce faisant le Traité de Lisbonne semble donner de nouveaux leviers à la Commission dans le domaine de l'énergie en addition des politiques de concurrence et environnementale. Cependant, ces possibilités semblent entravées par leur subordination aux Etats membres qui demeurent libres de déterminer leur mix énergétique et leur politique d'approvisionnement extérieur. Ce faisant, la politique de concurrence semble s'avérer le seul levier de mettre en œuvre une politique énergétique européenne. Cependant, dans le même temps, la capacité de l'outil concurrentiel à créer des marchés dans le secteur de l'énergie reste questionnable. Notre article montre sous quelles conditions une action publique européenne basée sur les principes de solidarité et de subsidiarité pourrait répondre aux limites des « energy only markets ». A cette fin, nous nous penchons plus en détail sur la question des contrats de long terme et nous mobilisons le cadre théorique de l'économie des conventions.

Mots-clés : énergie, concurrence, contrats de long terme, sécurité d'approvisionnement

Codes JEL : L94, L13, K21, N74

¹ Une première version de ce texte a été présentée dans le cadre de la Conference on energy, the market, and the law: a European dialogue between economists and lawyers, organisé le 12 janvier 2016 par la Chaire *European Electricity Markets* (CEEM) à l'Université Paris Dauphine. L'auteur remercie l'ensemble des participants pour leurs suggestions et commentaires. Toute erreur ou imprécision demeure de sa plus entière responsabilité.

Abstract

The Art. 194 TFEU has offered new powers to European Union to coordinate Member States policies in the field of energy policy according to a logic of solidarity in order to achieve common goods, as the security of supply. This article, introduced by the Treaty of Lisbon, seems to offer to the Commission new levy to play in the energy policy field additionally to competition and environmental policies. However, this levy seems to be hindered by its subordination to Member States choices in terms of energy mix and external policy. The competition policy might appear as the only way to implement a European energy policy. However, the capacity of competition law enforcement to build energy market remains questionable. Our paper investigates to what extent a European policy based on solidarity and subsidiarity principles might address the difficulties of “energy only markets” to provide these commons goods. To this end, we particularly investigate the case of long-term contracts and we rely on an economics of conventions theoretical framework.

Keywords: energy, competition, long-term contracts, security of supply

Le Traité de Lisbonne a, par son article 194, jeté les bases d'un renouvellement de la politique européenne de l'énergie fondée sur une solidarité entre Etats membres² et une possible coordination de leurs actions par les instances européennes. Le Plan Juncker et un certain activisme de la Commission tendent à montrer que la politique de l'énergie ne doit plus se concevoir, au niveau de l'Union, comme un produit indirect de la politique de la concurrence et de la politique de l'environnement. Cependant, les Etats Membres semblent, malgré la logique de subsidiarité, garder la haute main en matière de choix énergétique. Dans le même temps, la politique de la Commission est souvent dénoncée comme excessivement attachée au modèle concurrentiel.

L'implication des instances européennes en matière de politique de l'énergie peut sembler inédite. En effet, la genèse de l'article 194 sur le Traité relatif au Fonctionnement de l'Union Européenne peut être située dans le Traité constitutionnel qui fut soumis au référendum en France en 2005 et qui fut alors rejeté. Cependant, si l'énergie fut en tant que telle absente du Traité de Rome et des traités qui suivirent, elle fut pourtant au cœur des Traités relatifs à la CECA en 1951 et à Euratom en 1957, traités qui reposaient non pas sur une finalité économique (un marché intérieur de concurrence libre et non faussée) mais sur une finalité politique. En d'autres termes, l'éclipse de la politique européenne de l'énergie se fit avec le recentrage – contraint suite à l'échec du projet de Communauté Européenne de la Défense (CED) devant le Parlement français en 1954 – du projet européen vers des dimensions purement économiques.

² En ce, l'article 194 (ainsi que le 122 TFUE) reprend l'un des éléments clés de la construction européenne présent dans la déclaration du 9 mai 1950 de Robert Schuman : celui de la construction d'une solidarité de fait entre les Etats membres (Laïdi, 2012).

Les Etats membres se ressaisirent dès lors pleinement de leurs politiques énergétiques nationales, qui demeuraient de leur compétence exclusive et optèrent pour des stratégies autonomes que cela soit en termes de mix énergétique ou d'accords d'approvisionnements internationaux. Cette évolution, favorisée par la structuration des opérateurs sur la base de firmes nationales ou régionales jouissant de droits exclusifs et souvent de propriété publique, renforça encore la fragmentation du paysage énergétique européen. L'énergie constitue donc un des rares domaines dans lesquels le phénomène de convergence européenne s'est inversé dans la seconde moitié du vingtième siècle (Andoura et al., 2010).

Pour autant, cet « energy gap » n'a nullement signifié le retrait de l'influence européenne sur la politique énergétique des Etats membres, notamment à partir des années quatre-vingt-dix. Par ses compétences exclusives ou partagées, l'Union a pesé de façon croissante sur la dynamique des secteurs énergétiques nationaux, que cela soit par les politiques de concurrence ou par les politiques environnementales (Tagliapietra, 2014). Cependant, le primat de l'objectif de construction du marché intérieur, que cela soit par les directives ou par l'application des articles du Traité relatifs à la concurrence, conduisit à la prescription d'un modèle économique de nature normative, celui des *energy only markets*. Ce modèle normatif repose sur un idéal de dé-intégration tant verticale qu'horizontale des anciens opérateurs historiques et sur la garantie d'un accès des concurrents aux infrastructures essentielles pour exercer leur activité sur les marchés nouvellement libéralisés, accès devant se faire dans des conditions tarifaires orientés vers les coûts, raisonnables et non discriminatoires³. Les contrats de long terme (dans toute leur diversité, qu'il s'agisse de contrats de réservation de capacités de stockage et de transport, de contrat liant producteurs et distributeurs ou clients ou encore les contrats d'approvisionnement des producteurs en énergie primaire) firent l'objet d'une grande méfiance de la Commission dans la mesure où leurs effets pouvaient potentiellement conduire à verrouiller l'accès des concurrents au marché. En effet, en termes économiques, les contrats de long terme constituent des substituts fonctionnels à l'intégration verticale⁴.

Ils figurèrent à ce titre parmi les entraves au développement de la concurrence sur le marché intérieur qui furent identifiées dans les conclusions de l'enquête sectorielle de 2007, enquête dont les conclusions dessinèrent en creux l'idéal de marché porté par la Commission. Cependant, les contraintes liées à la *décarbonation*, la mutation des mix énergétiques et les difficultés de fonctionnement des marchés de l'énergie libéralisés (notamment dans le domaine de l'électricité) conduisent à adopter une démarche plus pragmatique en matière d'application des règles de concurrence voire à réadmettre une intervention publique pour permettre de satisfaire notamment aux exigences de la sécurité d'approvisionnement dans l'Union⁵.

³ L'impact de la politique de concurrence européenne sur la structuration du marché intérieur peut être mesuré par les 351 décisions prises entre 1994 et 2014 par la Commission dans le domaine qu'il s'agisse de répression des pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations (Commission européenne, 2016). 38 cas ont été traités dans le premier domaine dont 35 pour les seuls abus

⁴ Pour la Commission les effets de ces derniers sur la contestabilité du marché de l'énergie sont comparables à ceux de l'intégration verticale (voir pour une discussion Chao et al., 2005).

⁵ L'Union importe actuellement 53 % de son approvisionnement énergétique (Chabanne et al., 2015).

L'article 194 du TFUE est donc potentiellement porteur d'un retour d'une politique énergétique à l'échelle de l'Union. Pour autant, cette politique se fonde sur les notions de solidarité entre Etats membres et de subsidiarité par rapport à leurs politiques énergétiques nationales⁶. Il s'agit donc de faciliter la coordination de ces derniers ou leurs actions en vue de porter un objectif commun tenant à la sécurité d'approvisionnement dans un cadre conciliant les objectifs de parachèvement du marché intérieur et de *décarbonation* de nos économies. La réalisation d'un tel projet suppose que la Commission se tienne sur une ligne de crête entre la politique de concurrence, l'autonomie des Etats membres en matière de politique énergétique et le marché lui-même.

Ce balancement entre différents niveaux et modalités d'action publique (pilotage étatique, construction de marchés concurrentiels, action publique subsidiaire de niveau européen,...) n'est pas sans lien avec des analyses de la politique européenne développée par l'économie des conventions. Il en effet possible après Salais et Storper (1993) et Salais (2015) de distinguer entre trois conventions de l'Etat, c'est-à-dire trois systèmes d'attentes partagés entre les différentes parties prenantes quant aux modalités, aux finalités et à la légitimité de l'action publique. Il s'agit d'accords conventionnels historiquement construits et se fondant sur la domination d'un cadre théorique en termes de définition de l'intérêt général. Trois principales conventions peuvent être distinguées, à savoir la convention de l'Etat extérieur, celle de l'Etat absent et celle de l'Etat situé ou subsidiaire. La première convention correspond à une action publique se plaçant en surplomb par rapport aux autres parties prenantes et orientant ces dernières de façon volontariste vers un résultat jugé souhaitable en termes d'intérêt général. Les logiques de politique industrielle correspondent à ce cadre. La deuxième convention correspond à une action publique qui vise à s'effacer de la sphère économique pour permettre une coordination par le seul mécanisme des prix. Il ne s'agit pas d'une simple logique de laissez-faire en ce sens qu'il s'agit d'une politique publique visant activement à construire les conditions d'une gouvernance concurrentielle pour se rendre inutile. Le troisième type de convention de l'Etat correspond à une action publique qui vise à soutenir la coordination des différentes parties prenantes dans la limite de ce qui est nécessaire pour permettre la réalisation de *biens communs*, en d'autres termes d'objectifs d'intérêt général que ces dernières ne peuvent spontanément prendre en charge. Il s'agit donc d'une logique qui pourrait être, dans une certaine mesure, traduite au travers de l'adage ordolibéral « marché autant que possible et Etat autant que nécessaire ».

Nous proposons d'appliquer ce cadre théorique à la politique énergétique européenne dans le prolongement de travaux passés sur la libéralisation sectorielle, le transposant avec la notion de *convention de réglementation* (Marty, 2006). Une première phase, marquée par le primat des politiques énergétiques (et industrielles) des Etats Membres, peut être assimilée à une convention de réglementation extérieure. Les objectifs de long terme sont portés par la planification publique et éventuellement sécurisés par des contrats de long terme. Une deuxième phase est celle de la convention de réglementation absente. Il s'agit au travers de la montée en puissance du droit de la concurrence de l'Union d'envelopper le secteur en vue de construire par les règles de droit les conditions d'une gouvernance concurrentielle du

⁶ Avant le Traité de Lisbonne, l'Union ne pouvait intervenir que par une clause de flexibilité (article 308 du TCE) qui supposait une unanimité des Etats Membres. L'article 194 fait de l'énergie une compétence partagée. Pour une analyse juridique de la politique énergétique européenne voir Blumann (2009).

secteur. Il s'agit pour reprendre les termes de Robert Salais d'une *planification d'un marché parfait*, en d'autres termes de la construction d'un marché. Cette conception est radicalement éloignée de l'analyse autrichienne qui voit dans le marché un ordre spontané. Au niveau du marché de l'électricité, cela revient à porter un projet d'*energy-only markets* reposant sur un marché *spot* suffisamment profond pour qu'il génère des signaux de prix idoines pour les investissements. A cette aune, les contrats de long terme sont de nature à faire obstacle au développement de la concurrence et à compromettre la qualité des signaux de prix. La troisième et dernière convention de réglementation pourrait être celle d'une action subsidiaire basée sur les objectifs de solidarité mis en exergue dans l'article 194 TFUE et verrait l'action de la Commission se déclinier en termes de pragmatisme dans l'application des règles de concurrence, de coordination des actions des Etats membres, que cela soit en termes d'investissement ou de mécanismes d'adéquation de capacités ou encore de partenariats avec le privé pour le développements d'infrastructures énergétiques.

Il s'agit donc d'analyser dans ce cadre les évolutions de la politique énergétique européenne et de s'interroger sur la capacité de l'article 194 à permettre de développer une action publique située de dimension « communautaire ». Nous accordons une place privilégiée au traitement par la Commission des contrats de long terme dans la mesure où ces derniers occupent une place importante dans sa pratique décisionnelle concurrentielle et que le mécanisme de capacités mis en place au Royaume-Uni se base sur ces derniers. Il s'agit donc de se pencher sur le traitement fait par les institutions européennes des contrats de long terme en essayant de déterminer dans quelle mesure celle-ci admet l'intérêt de ces derniers en termes de garantie la sécurité d'approvisionnement et de participation aux objectifs que l'Union s'est donnée en matière de politique énergétique. Une approche d'économie institutionnelle du droit, fondée sur l'analyse du contentieux concurrentiel, complète donc le cadre conventionnaliste. Nous nous appuyons également en conclusion sur les ressources de l'institutionnalisme historique pour envisager les développements possibles de l'action des instances européennes sur la base de l'article 194.

Nous montrons donc dans une première partie comment la Commission a mis en œuvre, au travers des règles de concurrence, une *convention de réglementation absente* sur les marchés intérieurs du gaz et de l'électricité avant d'envisager en seconde partie les raisons pour lesquelles ce mode de régulation s'avère insuffisant pour porter des objectifs relevant de *biens communs* mais aussi les difficultés qu'elle peut rencontrer pour développer une *convention de réglementation subsidiaire*.

I – La politique énergétique : une stratégie d'enveloppement par le droit de la concurrence de l'Union ?

a) La montée en puissance de la politique de concurrence au détriment de la politique industrielle

Un paradoxe historique doit être souligné. L'Europe dans sa vision la plus intégratrice du début des années cinquante mettait l'énergie au cœur des compétences « fédérales » (CECA

en 1951, Euratom en 1957). Il s'agissait ici moins d'une coordination des politiques nationales que d'une logique de mise en commun des ressources de chaque Etat Membre. Les institutions européennes étaient alors vues comme légitimes pour se substituer aux Etats pour porter une politique énergétique dans l'intérêt collectif. L'énergie était conçue comme un des leviers essentiels pour fonder la coopération et la solidarité entre les Etats (Tagliapietra, 2014). D'ailleurs, tant la Haute Autorité de la CECA que l'agence d'approvisionnement d'Euratom étaient dotées de pouvoirs supranationaux. La logique n'était pas alors celle de la construction d'un marché de concurrence libre et non faussée, tant par l'action des firmes (pratiques anticoncurrentielles) que par celles des Etats (aides publiques par exemple) mais relevait d'une logique de politique industrielle et énergétique conçue à un niveau supranational.

L'échec de la Communauté européenne de la défense (CED) en 1954 sonna le glas de cette intégration sur des bases politiques. Dès lors, l'intégration par le marché semblait la seule alternative disponible. La construction européenne passe dès lors par l'unification d'un marché fondé sur les libertés économiques préservées des empiètements des pouvoirs économiques privés et publics. Cependant, cette lecture ordolibérale ne peut se faire que rétrospectivement. Le Traité de Rome est, dans ses articles relatifs aux règles de concurrence, principalement le fruit d'un compromis dont les effets ne se matérialisèrent que progressivement et qui n'étaient probablement pas dans l'intention de ses concepteurs. De fait, la politique de concurrence européenne ne se précisa que très progressivement sous l'effet de la pratique décisionnelle de la Commission et sous celui de l'interprétation de la Cour de Justice (Gerber, 1998).

Les deux articles du Traité relatifs aux ententes et aux abus de position dominante n'échappèrent pas au sort des deux articles correspondants du Sherman Act américain de 1890. Leur caractère particulièrement vague, et donc en conséquence très ouvert, fut le fruit d'une absence de consensus entre les négociateurs quant aux finalités des politiques de concurrence, leur place dans la construction européenne et leurs modalités de mise en œuvre. De fait, les deux articles résultèrent de la recherche d'une base d'accord entre conceptions françaises et allemandes. L'ordonnance française de 1953 avait pour principal objet les prix. La loi allemande en cours de préparation (elle sera contemporaine du Traité) avait en premier lieu une visée de lutte contre les cartels. Quand la politique de concurrence vue par les négociateurs français se concevait comme participant d'une logique de politique industrielle, elle était conçue comme un objectif en elle-même par leurs homologues allemands (voir sur ce sujet Didry et Marty, 2015). De la même façon, les conceptions quant aux modalités de mise en œuvre de la politique divergeaient significativement. A une option administrative, laissant la possibilité de bénéficier de marges de manœuvres, s'opposait une option d'une entité indépendante statuant sur la base de règles définies *ex ante*. Le seul point de consensus entre les deux acteurs majeurs de la négociation demeurait la faible autonomie qu'il convenait de laisser aux institutions communes quant à la définition et à la mise en œuvre de la politique de concurrence, principalement pour préserver leurs autonomies nationales (Warlouzet, 2015).

La montée en puissance de la politique de concurrence fut très longue à se dessiner. Elle résultait à la fois de l'activisme du Commissaire Hans von der Groeben à l'initiative du règlement 17/62 et surtout de sa mise en œuvre au fil des années par la Commission bénéficiant de l'approche intégrationniste adoptée par la Cour de Justice. Comme le notent Wilks et Barthle (2002), le règlement 17/62 fut "a slowly ticking bomb for over 20 years until it exploded in the faces of the national governments during the 1980s".

L'énergie ne déroge pas à ce cadre général. Les politiques restèrent purement nationales tant en matière de recherche de l'indépendance énergétique (ou du moins de gestion de la dépendance), d'accords d'approvisionnements internationaux que d'organisation des secteurs souvent sous forme de monopoles verticalement intégrés sur des bases nationales ou régionales. Le retour de la dimension européenne dans l'organisation du secteur énergétique vint au mitan des années quatre-vingt-dix sous l'influence des prescriptions normatives de la nouvelle économie des réseaux, l'exemple de la libéralisation des télécommunications et surtout le précédent britannique en 1990. La préparation des directives de libéralisation commença dès 1992 pour l'électricité. Sur ce seul secteur, trois directives se succédèrent en 1996, 2003 et 2009, visant à approfondir la gouvernance concurrentielle du secteur. Ces directives ne purent, comme cela fut le cas pour le Royaume-Uni, imposer un démantèlement (*unbundling*) horizontal et vertical (voire un modèle de *pool* obligatoire avant la mise en place en 2001 du NETA – New Electricity Trading Arrangements). Elles imposèrent progressivement un accès des tiers régulé au réseau dans des conditions tarifaires orientées vers les coûts et non discriminatoires, accès couplé avec une séparation fonctionnelle des activités concurrentielles et des activités monopolistiques.

A cet enveloppement concurrentiel par les directives s'ajouta l'activation des ressources offertes à la Commission et aux parties prenantes (notamment les nouveaux concurrents des opérateurs historiques) par le droit de la concurrence de l'Union, à savoir le contrôle des aides publiques, le contrôle des concentrations et la répression des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, pour ne considérer que le volet concurrentiel (il serait également possible de considérer l'influence de la politique environnementale), la politique européenne est passée pour le secteur de l'énergie, après une longue période d'indifférence, d'une convention de réglementation extérieure avant 1957 à une convention de réglementation absente à partir du début des années 1990.

La dynamique de la politique européenne appliquée au secteur énergétique suit donc le cadre général mis en évidence dégagé par Salais (2015). Celui-ci définit une convention de l'Etat comme « un ensemble d'attentes mutuelles qui se développent au sein d'une communauté sur la distribution des responsabilités entre l'Etat et les citoyens quant au bien commun, sa définition et son évaluation ». Trois conventions sont distinguées comme nous l'avons montré précédemment. La convention de l'Etat extérieur conduit les parties prenantes à déléguer entièrement à ce dernier la définition du bien commun, la mesure de l'écart de la situation observée avec ce dernier et la conception et la mise en œuvre des politiques publiques nécessaires pour y parvenir. Il en découle que cette action publique doit s'imposer aux choix et aux préférences des acteurs. La convention de l'Etat absent repose également sur une logique interventionniste. Cependant, « là où l'Etat extérieur compense,

corrige, ou se substitue au marché parfait, l'Etat absent construit une régulation par le marché parfait, qui doit faciliter le jeu de la concurrence de tous contre tous, au nom de l'efficacité, l'absence de toute entrave, qu'elle vienne de la législation ou des comportements des acteurs ». La convention de l'Etat situé correspond, elle, à une logique de subsidiarité. Il s'agit de faire intervenir l'action publique comme un corps de réserve dans une bataille (dans le sens du latin *subsidium*), c'est-à-dire en dernier ressort pour permettre le succès des entreprises des parties prenantes quand elles portent des objectifs qui participent du bien commun.

Les difficultés propres de cette dernière convention de l'Etat, que Robert Salais appelle de ses vœux au niveau européen, tiennent au fait que la subsidiarité fonctionne souvent comme une décentralisation (si ce n'est de déconcentration) de l'application de règles définies par une autorité supérieure et que l'intervention subsidiaire est également susceptible de prendre la forme d'une intervention limitée à la correction des défaillances de marché. Si la convergence de la politique européenne vers une convention de l'Etat absent s'explique par une tendance de fond à la dépolitisation des choix au travers de leur limitation à des aspects techniques⁷ et à une politique de construction d'une coordination exclusivement par les marchés, un éventuel déplacement vers un Etat situé devrait impliquer une politique mettant en avant des dimensions de délibérations entre les parties prenantes, de coopérations et de solidarité.

Les enjeux liés à l'article 194 peuvent donc aisément être lus dans ce cadre. Il s'agit donc de s'interroger sur la dynamique conventionnelle à l'œuvre. S'agit-il d'un parachèvement de la convention de réglementation absente, d'un retour à la convention de réglementation extérieure ou d'une tentative de mise en œuvre d'une convention de réglementation subsidiaire de niveau européen ? Il convient, pour traiter cette question, de revenir sur les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la convention de réglementation absente, en nous attachant particulièrement à la question des contrats de long terme.

b) La politique de concurrence comme voie de contournement d'un blocage

- ***Des directives insuffisantes pour construire des marchés concurrentiels***

Une des caractéristiques spécifiques du secteur de l'énergie, et notamment de celui de l'électricité, tient aux difficultés rencontrées dans le projet de construire des marchés concurrentiels par le seul jeu des directives. Les raisons en tiennent à des facteurs politiques (réticences de certains Etats membres) mais aussi technologiques. En effet, la libéralisation du secteur énergétique ne s'était pas appuyée, comme cela fut le cas pour les télécommunications, sur une révolution technologique. Les spécificités du bien économique électricité (non-stockabilité, nécessité d'équilibrer en temps réel l'offre et la demande), le

⁷ Les origines de ce « tournant technocratique » peuvent se trouver dans le Traité d'Economie Positive de Friedman (1953), qui a donné sa cohérence théorique à la Seconde Ecole de Chicago.

coût du transport et les solidarités techniques entre les segments de production et de transport font que la mise en œuvre d'une régulation concurrentielle y est bien plus difficile. De la même façon, le fonctionnement des marchés de l'électricité met en jeu un certain nombre d'externalités, liées notamment à la question de la sécurité d'approvisionnement, laquelle peut être assimilée par certains égards à un bien public. Pourtant, si une vision de type *energy only markets* prévaut, les signaux de prix sont de nature à susciter les incitations adéquates aux opérateurs tant pour la sécurité d'approvisionnement de court terme (couverture de la pointe de demande) que de long terme (optimalité du mix énergétique, i.e. de la structure du parc de production). Si cette hypothèse est relâchée, les signaux de prix peuvent être défaillants à susciter les incitations adéquates. Cette défaillance peut notamment procéder de leur instabilité intrinsèque du prix au jour le jour. Une viscosité des prix peut être nécessaire à une décision d'investissement collectivement optimale, notamment dès lors que les marchés financiers sont risquophobes (Amendola et al., 2004). A ce titre, une intervention publique peut être nécessaire.

Pour autant, la mise en place de dispositifs institutionnels hors marché pour pallier les défaillances de marchés ou, pour reprendre une formulation conventionnaliste pour porter des *biens communs*, ne fait pas obligatoirement consensus. La théorie du *missing money*, selon laquelle la rémunération des unités lors de la pointe est insuffisante à couvrir l'ensemble de leurs coûts, a pu être contestée (Auverlot et al., 2014). De la même façon, la mauvaise qualité des signaux de prix pourrait être imputée aux imperfections du cadre réglementaire lui-même. En d'autres termes les dysfonctionnements des marchés pourraient être imputés au caractère inachevé de la construction des marchés concurrentiels. Dans une telle optique, la responsabilité des défaillances de marché incombe à la trop faible profondeur du marché au jour le jour – du fait de l'existence de contrats de long terme – ou à des abus de position dominante mis en œuvre par les opérateurs historiques du fait de leur puissance de marché « horizontale » ou de pratiques verticales liées à leur maîtrise d'infrastructures de transports essentielles pour l'accès des concurrents au marché.

La Commission adopta initialement cette grille d'analyse comme en témoigne le lancement d'une enquête sectorielle dès 2005, c'est-à-dire moins de deux ans après le second paquet de directives, et les conclusions qu'elle en tira dans le cadre de son enquête sectorielle (Commission européenne, 2007a). Celles-ci dessinaient en creux le modèle de marché idéal auquel devrait se conformer le secteur. Il ne s'agit pas ici de présenter l'ensemble de ses conclusions mais de s'attacher, à titre d'exemple, au cas des contrats de long terme.

L'analyse des contrats de long terme est particulièrement pertinente en ce qu'elle permet de mettre en évidence la tension entre efficacité de long terme et efficacité de court terme, prise en charge de biens communs par l'action publique (la sécurité d'approvisionnement) et réalisation de ceux-ci par les seuls signaux de marché. Dans les conclusions de l'enquête sectorielle les contrats de long terme sont analysés comme des instruments de verrouillage vertical des marchés. Cette qualification est déclinée pour les contrats d'achat à long terme de gaz, les contrats d'approvisionnement d'électricité à long terme conclus avec des clients électro-intensifs ou encore les contrats de réservations de capacités de stockage (de gaz) ou

de transport. Ces contrats sont vus comme des substituts à l'intégration verticale et comme des obstacles à la formation de signaux de prix efficaces pour les acteurs du marché en ce qu'ils réduisent sa liquidité. Un tel verrouillage est accentué par certaines caractéristiques desdits contrats : longue durée, clauses de tacite reconduction, clauses-types restrictives,...

La solution suggérée dans l'enquête sectorielle s'inspire de certaines décisions de la Commission dans le cadre du contrôle préalable des concentrations. La Commission a pu en effet intervenir dans le secteur de l'énergie dans le cadre de la vague de fusions-acquisitions de la première moitié des années deux mille (Marty, 2011). Les opérations de concentrations ne sont que très rarement refusées par celle-ci. Si la plupart des opérations sont autorisées, celles qui peuvent poser des problèmes de concurrence font l'objet d'une acceptation sous conditions. L'enquête sectorielle montre que de telles mesures correctives pourraient être utilisées, notamment la fin anticipée ou la modification de clauses essentielles de contrats de long terme.

La question des contrats n'était pas secondaire pour la Commission. En effet, le point 46 de l'enquête sectorielle indique « L'enquête sectorielle a également confirmé qu'il fallait analyser en priorité, dans l'examen de certains dossiers au regard du droit de la concurrence, la liaison verticale des marchés par des contrats en aval de longue durée et fournir au besoin des orientations. Lorsque de tels contrats, conclus par des entreprises dominantes, ferment le marché, il peut y avoir infraction aux articles 81 ou 82 CE, à moins qu'il n'y ait des gains d'efficacité en contrepartie dont profitent les consommateurs. De la même façon, les contrats d'achat dans le secteur de l'électricité peuvent avoir des effets de verrouillage ». Une telle entrave au parachèvement du marché intérieur est encore plus directe lorsque les contrats portent sur des capacités transfrontalières. A ce titre, l'enquête sectorielle mettait-elle en exergue l'effet cumulé des contrats de long terme sur le verrouillage du marché intérieur.

Si ces contrats peuvent effectivement faire obstacle au développement de la concurrence en altérant la qualité des signaux de prix qui se forment sur le marché spot (en empêchant ces derniers de centraliser toute l'offre et toute la demande) et s'ils peuvent s'avérer des moyens d'entraver l'accès des concurrents au marché (en asséchant le vivier de clients potentiels et en créant des congestions pour l'accès aux infrastructures essentielles), ils correspondent néanmoins à une rationalité économique pour les agents qui s'y engagent et peuvent participer à l'équilibre de long terme des marchés de l'énergie.

Considérée sous l'angle de la sécurité d'approvisionnement de long terme, l'évaluation économique des contrats de long terme doit être reliée à la question des décisions d'investissement. L'instabilité des prix qui se forment sur les marchés et l'impossibilité de disposer de *forwards* d'une maturité suffisante posent des difficultés de financement majeures pour les investissements, notamment en base et en semi-base (Defeuilleux et Meunier, 2006). Ces derniers sont cependant essentiels pour garantir ce bien commun qu'est la sécurité d'approvisionnement. Le fonctionnement spontané des marchés de l'énergie conduit à des signaux de prix suscitant un biais en faveur des technologies de production les moins capitalistiques (Joskow, 2008). Le contrat de long terme est donc un outil de sécurisation des flux de ressources futurs, outil essentiel pour les apporteurs de

ressources externes dans le cadre de modèles de financement sur projet (Finon et Roques, 2008). En effet, ces ressources stables permettent d'apporter une garantie additionnelle quant à la capacité des investisseurs à honorer le service de leur dette. Au-delà de la question de la couverture des investissements, les contrats de long terme peuvent également rejoindre les intérêts des industriels électro-intensifs pour lesquels les aléas des prix *spot* peuvent constituer autant de *chocs de compétitivité*. Des prix stables et maîtrisables sont essentiels à ces derniers (de Hauteclocque et Glachant, 2011 ; Reverdy, 2014).

Cependant, analysés en termes d'efficacité allocative de court terme et non en termes d'efficacité productive de long terme, ces mêmes contrats peuvent avoir de possibles effets anticoncurrentiels. Ces effets dépendent de plusieurs paramètres, certains intrinsèques au contrat, d'autres résultants de leurs effets cumulés. Les effets de verrouillage peuvent tout d'abord être liés à la durée des contrats et à des clauses quant aux possibilités de résiliation, aux clauses de tacite renouvellement ou encore aux limites posées quant à une possible revente de l'énergie. Ces clauses peuvent accroître les coûts de changement (*switching costs*) des clients ou encore garantir une *balkanisation* du marché profitable à l'opérateur dominant (de Hauteclocque et Glachant, 2011).

Dans sa proposition de 3^{ème} paquet énergétique, la Commission (2007b) insistait sur les risques concurrentiels : « Les accords de fourniture bilatéraux conclus en aval offrent aux secteurs d'activité à haute intensité énergétique la possibilité d'obtenir des prix plus prévisibles. Néanmoins, ces accords risquent de verrouiller le marché en aval en empêchant les consommateurs de passer à un autre, et pourraient donc restreindre la concurrence » (point 5.5). Cependant, l'évaluation de ces contrats ne peut se faire que sur une base casuistique. Le sort ne peut être réglé par voie de directive mais au travers des procédures concurrentielles, idéalement par l'intermédiaire d'une balance des effets.

L'adoption du 3^{ème} paquet dans une forme très modifiée vis-à-vis des intentions initiales de la Commission, notamment en matière de séparation verticale des groupes a eu pour effet d'accroître la place des décisions rendues sur la base des règles de concurrence dans le domaine énergétique. Ainsi, les contrats de long terme ne constituent qu'une dimension parmi d'autres d'une construction du marché européen de l'énergie par les règles de concurrence (Finon et al., 2011).

- ***L'utilisation du levier concurrentiel, notamment les pratiques négociées***

Le blocage de l'approfondissement de la libéralisation par voie de directives, du fait des réticences de certains Etats membres, notamment sur la question du démantèlement des groupes verticalement intégrés (*ownership unbundling*), ne se traduit pas pour autant par un retrait de la pression concurrentielle. En effet, les pratiques relevées dans le cadre de l'enquête sectorielle donnent lieu à l'ouverture de nombreuses procédures concurrentielles dans les secteurs électriques et gaziers, principalement contre les opérateurs historiques. Ces procédures, menées au fil de l'eau, au gré des ouvertures de procédures concurrentielles sur la base des articles 101 et 102 du Traité ne conduisirent pas à modifier

les règles de fonctionnement du secteur. Elles contribuèrent de fait à contraindre le comportement de certains opérateurs et à modifier au cas par cas les structures du marché. En effet, ces procédures trouvèrent leur issue quasi-exclusivement dans des procédures d'engagements, régies par l'article 9 du règlement 1/2003 et non par des décisions rendues sur une base contentieuse, selon l'article 7 du même règlement.

La différence entre les deux articles n'est pas que procédurale. En effet, une décision sur la base de l'article 7 donne quasi-exclusivement lieu à des sanctions sous forme d'amendes comme cela est le cas dans les contentieux dans le secteur des télécommunications (Bougette et Marty, 2012). Une décision rendue sur une base contentieuse correspond au modèle standard du droit de la concurrence. Ce dernier vise à sanctionner *ex post* des pratiques anticoncurrentielles au travers d'amendes ayant une visée dissuasive. A l'inverse, les procédures négociées mettent en œuvre une logique teintée de régulation sectorielle dont les outils sont proches de ceux du contrôle des concentrations. Il s'agit de remèdes comportementaux, structurels et quasi-structurels.

Quels sont les avantages d'une telle approche ? Tout d'abord, il s'agit de remèdes négociés avec les firmes elles-mêmes. Ils sont donc, *a priori*, mis en œuvre promptement et efficacement. Il convient en effet de noter que si des engagements ne sont pas respectés, la sanction pécuniaire s'impose automatiquement sans mesure des effets de la pratique sur le marché. Ensuite, l'article 9 fait peser sur la Commission, une charge procédurale bien moindre. La notification des griefs n'est pas indispensable. Une communication de préoccupations de concurrence suffit. Cet allègement se traduit également par la disparition du débat contradictoire quant à la théorie du dommage ou encore à l'évaluation des effets des pratiques. Enfin, les avantages d'un recours à l'article 9 tiennent également à une plus grande possibilité d'imposer des remèdes. En effet, comme nous l'avons noté *supra*, l'article 7 du règlement 1/2003 n'est pas un bon vecteur pour imposer des remèdes. Les décisions de la Commission font l'objet d'un contrôle juridictionnel du Tribunal de l'Union sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation en matière économique mais également au travers de la prise en considération des exigences liées à la conciliation avec les droits fondamentaux (liberté contractuelle, droit de propriété,...). Si une décision débouchant sur des remèdes structurels est *a priori* possible, ce n'est le cas que si et seulement s'il n'existe pas de remède comportemental, moins contraignant, susceptible de répondre au problème concurrentiel. La question peut avoir son importance pour le secteur énergétique. En effet, la Commission avait sur la question de la séparation des activités de transport et de production fait part de son scepticisme quant à des solutions comportementales de type *Muraille de Chine*. Cependant, une séparation patrimoniale serait bien difficile à obtenir dans ce cadre sachant qu'une séparation fonctionnelle apparaîtrait comme un substitut éligible. Un dernier point est également à signaler quant au contrôle juridictionnel des décisions de la Commission. Le Tribunal doit également se prononcer quant à l'adéquation des remèdes à la théorie du dommage et à leur proportionnalité. Un tel contrôle peut s'avérer particulièrement risqué dès lors que la théorie du dommage est difficile à caractériser, à l'instar des situations de sous-investissement stratégiques.

Le recours aux procédures négociées peut dès lors avoir quelques conséquences dommageables. Tout d'abord, il contribue à distendre le lien entre théorie du dommage, mesure des effets et contrôle de l'adéquation et de la proportionnalité du remède. Ensuite, le contrôle exercé par le Tribunal et la Cour de Justice est limité par le fait que les entreprises ont volontairement proposé des remèdes et que suivant les termes de l'arrêt Alrosa (affaire C-441-07P, Commission c / Alrosa, 29 juin 2010) l'examen de la proportionnalité se limite aux engagements effectivement proposés par l'entreprise concernée. En d'autres termes, la Commission n'a pas à s'assurer par elle-même qu'il exista des solutions moins contraignantes. Elle limite son examen aux seuls engagements qui lui sont proposés.

Ces caractéristiques ouvrent dans une certaine mesure la voie à une possibilité d'action discrétionnaire plus forte pour la Commission. Il convient en effet de noter qu'il existe une dissymétrie dans les pouvoirs de négociations, notamment vis-à-vis des opérateurs historiques. Sa communication de la Commission de février 2009 quant à ses priorités en matière d'application de l'actuel article 102 du Traité pour les abus d'éviction établit (bien qu'il s'agisse d'un texte de *soft law* n'engageant *a priori* en rien le Tribunal et la Cour) un standard de preuve bien plus faible dès lors que la position dominante est liée non pas aux mérites passés de l'entreprise mais à d'anciens droits exclusifs. Ce faisant, les opérateurs historiques font face à une plus forte probabilité d'être sanctionné dans le cadre de l'affaire en cours mais aussi à un plus fort montant de sanction potentiel en cas de prochaine condamnation dans la mesure où la réitération des pratiques serait retenue. Ainsi, les opérateurs historiques peuvent-ils être d'autant plus incités à recourir à ces procédures. Il peut en découler, pour la Commission, la mise en œuvre d'un possible *remédialisme discrétionnaire* qui pourrait porter, dans une certaine mesure, une possibilité de construction de marchés « concurrentiels » par les remèdes négociés (Akman, 2016).

Ces risques sont par certains égards comparables à ceux mis en évidence par Farrell (2003) pour le contrôle des concentrations, à savoir l'*overfixing*, le *scalp* et le *broad scope*. En d'autres termes, des remèdes allant au-delà de ce qui serait nécessaire pour effacer les conséquences d'un possible abus, sanctionnant de façon extrêmement sévère un opérateur dominant, ou dont le périmètre dépasse celui des pratiques voire des marchés concernés.

Le faible contrôle juridictionnel, l'asymétrie des pouvoirs de négociations et la tendance à la réplication des engagements d'une procédure à l'autre⁸ peuvent faire naître d'autres biais en matière de définition des remèdes. Certains remèdes peuvent s'avérer au final ineffectifs. Cela pourrait être par exemple le cas d'engagements reposant à des cessions d'actifs dès lors qu'il n'y aurait pas d'acheteur ou que l'acheteur en question ne soit pas en position d'exercer une concurrence effective *ex post*. De la même façon, un remède peut provoquer

⁸ Les effets cumulatifs des procédures négociées sur la jurisprudence doivent être discutés. En effet, un règlement négocié a pour effet de réduire le « stock » de précédents sur lequel les parties à un futur contentieux pourront se baser. Si la procédure négociée est utilisée par une pratique de marché pour laquelle il n'y a jamais eu de décision rendue sur une base contentieuse et validée par le contrôle juridictionnel, alors il peut d'autant plus aisément se créer une quasi-jurisprudence fondée sur la réplication des engagements d'un cas à l'autre même si les théories du dommage ne sont pas exactement identiques et sans tenir compte de possibles différences en termes d'effets. Comme le notait Schweitzer (2008), l'accumulation des règlements négociés fait que la Commission privilégie l'efficience procédurale sur l'éclaircissement de la jurisprudence.

des effets non désirés. Cela peut être le cas de remèdes corrigeant une position dominante individuelle mais renforçant dans le même temps la symétrie entre les acteurs présents sur le marché, au risque de créer une dominance collective. Cela peut également résulter d'engagements qui viendraient réduire les capacités d'investissement d'opérateurs dominants au détriment de la sécurité d'approvisionnement.

In fine, il apparaît que les remèdes négociés portent sur les points de blocages identifiés dans l'enquête sectorielle de 2007 (Marty, 2011). Ils visent à résoudre les risques de verrouillage par l'intégration verticale (i.e. le contrôle des réseaux de transports et des terminaux méthaniers : des facilités essentielles), à corriger une concentration horizontale jugée excessive et à répondre aux risques attribués aux contrats à long terme (qu'il s'agisse d'approvisionnement en énergie primaire, de contrats de vente ou de réservations de capacités de transports et de stockage).

Les contrats de long terme sont d'autant plus concernés par les engagements que la Commission part du principe que les risques de verrouillage vertical sont d'autant plus significatifs que la concurrence horizontale est imparfaite. Ainsi, les contrats à long terme d'un opérateur historique font l'objet d'une attention particulière (de Hauteclocque et Glachant, 2011). Ce faisant, le contrôle s'exerce dès lors que la part de marché excède de l'entité en cause atteint 30% et peut être de mise jusqu'au seuil de 15%. Au-delà de la part de marché de l'entreprise concernée, le contrôle est particulièrement rigoureux dès lors que ces contrats s'accompagnent de clauses restrictives, notamment dès lors qu'elles conduisent à un cloisonnement des marchés. Nous verrons *infra* le cas d'une décision de la Commission relative au marché bulgare qui reprend cette logique. Il en va de même pour des clauses qui conduisent *de facto* à instaurer des relations d'exclusivité ou de façon générale de clauses qui tendent à accroître les *switching costs* des co-contractants. Dans la même logique, l'évaluation faite par la Commission des contrats ne tient pas seulement à l'effet d'un contrat donné mais prend en considération l'effet de portefeuille de l'ensemble des contrats de long terme de l'opérateur considéré.

Cependant, s'il n'existe pas de consensus dans la littérature économique quant aux effets des contrats de long terme conclus par les opérateurs dominants dans le domaine énergétique, il n'existe pas plus d'interdiction *per se* par les règles de concurrence européenne (de Hauteclocque et Glachant, 2011). L'évaluation doit se faire au cas par cas en fonction des éléments mis en exergue *supra* mais également en fonction d'une balance des effets, assez difficile à établir. Il peut en effet défendre sur la base de l'efficacité les possibles effets restrictifs d'un contrat de long terme en mettant en avant les gains d'efficacité, en montrant que les consommateurs en bénéficient d'une part équitable, que cette restriction est indispensable à la réalisation de ces gains ou du moins demeure proportionnée à ces derniers et qu'elle n'a pas pour effet de totalement éliminer la concurrence.

Cette approche par les effets s'avère difficile à mettre en œuvre surtout dans le cadre d'une procédure contradictoire sur la base de l'article 7 du règlement 1/2003. Les contrats de long terme ont donc occupé une place importante dans les règlements des cas relatifs au secteur

de l'énergie qui se sont quasiment tous réglés depuis le lancement de l'enquête sectorielle par l'intermédiaire de procédures négociées.

Les engagements pris par Distrigaz en 2007 et par EDF en 2009 (cf. tableau *infra* repris de de Hauteclocque et Glachant (2011)) témoignent de la logique de répliques des engagements d'un cas à l'autre et donc de création d'une quasi-jurisprudence. La meilleure façon de voir sa proposition d'engagements acceptée demeure en effet de reprendre des engagements déjà validés par la Commission dans une affaire relativement comparable.

Engagements volontaires rendus obligatoires par voie de décision	Distrigaz (2007)	EDF (2009)
Durée maximale des contrats	5 ans	5 ans
Pourcentage de l'énergie qui doit être reversée chaque année sur le marché	70%	65%
Clauses contractuelles	Pas de restriction quant à l'usage de l'énergie Pas de clause de tacite reconduction	Pas de restriction quant à l'usage de l'énergie
Durée des engagements	Tant que la part de marché est supérieure à 40%	10 ans ou tant que la part de marché est supérieure à 40%
Supervision du respect des engagements	Rapport annuel	Rapport annuel et mandataire indépendant

S'il peut être possible de s'interroger sur la possibilité de construire des marchés concurrentiels au gré des procédures ouvertes sur la base de l'article 102 (Hancher et de Hauteclocque, 2010), les effets mêmes de ces remèdes peuvent être discutés.

En effet, certains engagements qui portent sur la suppression de restrictions géographiques peuvent apparaître comme favorables en termes collectifs en ce qu'ils permettent de réduire les restrictions aux échanges dans le marché intérieur. C'est par exemple le cas pour la décision relative à l'opérateur historique bulgare. Deux procédures formelles impliquant BEH, Bulgarian Energy Holding, l'opérateur historique verticalement intégré, ont été ouvertes, en novembre 2012 et en juillet 2013. Ces deux procédures portent sur un éventuel abus de position dominante sur le marché de gros de l'électricité et sur un possible verrouillage de l'accès des concurrents au marché gazier. Elles ont donné lieu à des notifications de griefs en août 2014 pour l'électricité (IP/14/922) et en mars 2015 pour le gaz. La première affaire vient d'arriver à son terme avec une décision rendue par la Commission le 10 décembre 2015. La décision est d'autant plus intéressante qu'elle porte sur des contrats de long terme et qu'elle rend obligatoire les engagements proposés par l'opérateur historique. Les griefs portaient sur les restrictions territoriales imposées par BEH dans le cadre des contrats qu'elle passait sur le marché de gros non régulé. Ces restrictions étaient de nature à réduire la contestabilité du marché en restreignant sur une base géographique la liberté de revente de l'électricité des négociants. Ces entraves étaient de nature à faire obstacle au développement du marché intérieur de l'électricité en pérennisant des phénomènes de balkanisation des marchés nationaux. Les engagements rendus obligatoires tiennent à la mise en place d'une bourse de l'électricité, sur laquelle les échanges ne pourront pas faire l'objet d'une telle traçabilité et donc de telles restrictions en

termes géographiques. L'opérateur historique s'engage d'ailleurs à fournir sur cette bourse un volume donné d'électricité pendant cinq ans à un prix égal à son coût marginal. Il en garantira ainsi la liquidité et favorisera donc le développement de ce marché au jour le jour.

Ces engagements peuvent faire l'objet de discussions, notamment en ce qu'ils ont pour effet de faire bénéficier aux nouveaux entrants d'une énergie dont le prix ne reflète pas leurs coûts propres mais celui de l'opérateur historique. Ce faisant, les engagements suscitent des interrogations propres aux justifications et aux effets de l'activation de la théorie des facilités essentielles (Dezobry, 2009). Les engagements en question portent également sur des clauses restrictives en termes de revente de l'énergie dans des contrats de long terme. Il s'agit également d'une caractéristique que nous retrouverons dans notre prochaine section. Cependant, les engagements qui portent sur la limitation de la durée des contrats de long terme posent plus question en termes d'efficacité dynamique en ce qu'ils sont essentiels à la mise en place de structures de financement sur projet et donc nécessaires à la sécurité d'approvisionnement (de Hauteclocque et Glachant, 2009).

II – Des limites de la convention de la réglementation absente à l'adoption d'une convention de réglementation située : une politique commune nécessaire mais difficile à mettre en place

1. La concurrence ne peut pas tout

Il s'agit ici de montrer que l'application des règles de concurrence peine à construire un marché unifié et que la situation qui en résulte ne permet pas de porter les objectifs collectifs que l'Union s'est donnée, notamment en termes de sécurité d'approvisionnement.

a. Les limites des remèdes concurrentiels

Un paradoxe est à relever : alors que les remèdes imposés dans le cadre des procédures négociées sont très étendus quant à leur portée, ils peuvent ne pas permettre de répondre aux problèmes concurrentiels qui affectent le marché intérieur de l'énergie. L'activation de la théorie des facilités essentielles en offre un exemple topique. Tout d'abord, la Commission en fit un usage pour le moins extensif en matière d'infrastructures de transports. Cette théorie fut même ensuite appliquée de façon discutable aux actifs de production sous la forme de droits de tirage sur les capacités de production de base. Il s'agit alors des mécanismes de VPP, *virtual power plants* qui correspondent donc à un remède quasi-structurel (de Hauteclocque et al., 2011). Un premier problème lié à ce remède tient au fait que la DG concurrence se trouve investie de missions de régulation sectorielle pour laquelle elle n'est pas équipée, notamment en termes de suivi des engagements et de détermination des prix de cession de l'énergie. Un second problème tient aux effets incitatifs mêmes de cet accès. Dans quelle mesure l'obligation d'accès va-t-elle affecter les incitations à investir des différentes parties prenantes ? Pour la Commission l'accès à une infrastructure de transport – dont la duplication est hors de portée en termes de coûts et de risques pour un nouvel

entrant et qui serait inefficace socialement – est une condition *sine qua non* à une concurrence effective sur le marché. Un tel accès peut cependant altérer les incitations à investir des opérateurs historiques. Cela peut être le cas pour les infrastructures de transports ou même les unités de production de base si des droits de tirage sont imposés. Il n'est pas pour autant acquis que les incitations à investir des nouveaux entrants viennent compenser cet effet.

La Commission considère que cette phase de régulation asymétrique de la concurrence va favoriser les investissements de ces derniers. Il s'agit de l'hypothèse de l'échelle des investissements (Cave, 2006 ; Bourreau et al., 2011). Une fois que les nouveaux entrants auront acquis un portefeuille de clients suffisants, ils pourront accéder plus aisément aux financements nécessaires pour développer leurs propres infrastructures, notamment de production. Ainsi, la concurrence par les services rendrait possible à terme une concurrence par les infrastructures. Il serait donc possible de concilier efficacités de court et de long terme.

Cependant, le système des VPP peut avoir pour effet pervers de décourager les investissements en base des nouveaux entrants et donc pérenniser la position dominante des opérateurs historiques. Cela pourrait aggraver la tendance spontanée des marchés libéralisés au sous-investissement dans les capacités de production de base dans la mesure où les opérateurs historiques peuvent également hésiter à accroître voire à renouveler leurs capacités face au risque de renforcement de leur dominance et des procédures concurrentielles subséquentes.

Ainsi, l'application des remèdes concurrentiels peut-elle compromettre les objectifs poursuivis par l'Union en termes de politique de l'énergie. Cependant, le primat de la politique de la concurrence fait sens dans le cadre d'une convention de l'Etat absent. Il s'agit de construire par l'application des règles de droit des marchés parfaits. Cette convention n'est pourtant pas sans lien avec la convention de l'Etat extérieur. Elle repose seulement sur un cadre théorique qui fait de la politique de concurrence une politique industrielle (et énergétique) implicite. Cette convention se fonde sur une hypothèse que celle-ci constitue la seule « politique industrielle » efficace eu égard aux défaillances attribuées à l'intervention publiques et aux capacités de coordination des acteurs attribuées au mécanisme de prix. Cependant, il est à noter qu'au travers des remèdes négociés qui permettent de jouer sur les structures du marché et de contraindre les comportements de certains de ses acteurs la pratique de la Commission n'est pas si loin de la logique du *mecano industriel* propre à la convention de l'Etat extérieur. La paradoxale logique ingénierique de la construction du marché parfait soulignée par Salais (2015) apparaît donc bien dans l'analyse de la politique européenne de l'énergie, comme l'avait déjà mis en évidence de Hauteclocque (2013).

En effet, les limites des remèdes imposés au fil des décisions d'engagements se cumulent avec les difficultés intrinsèques des marchés libéralisés à fournir aux opérateurs les signaux de prix idoines pour susciter des investissements allant dans le sens des objectifs de la Commission.

Il en est par exemple ainsi des objectifs liés à la transition énergétique et la décarbonation. Le cas de l'évolution non-coordonnée des mix énergétiques nationaux est topique. Par exemple, l'absence de coordination dans les décisions des Etats membres quant à leur mix énergétique peut être de nature à déstabiliser l'équilibre des systèmes électriques des Etats membres adjacents. De la même façon l'effondrement du marché du CO₂ contribue à dégrader le mix en conduisant à la remise en place du charbon au détriment du gaz (Auverlot et al., 2015). L'accomplissement des objectifs de décarbonation à l'heure actuelle sont liés au basculement vers une économie des services.

En outre, le fonctionnement du marché de l'énergie peut conduire à des situations dans lesquelles des agents dépourvus de pouvoir de marché tel que défini *stricto sensu* (i.e. de position dominante) sont en position de faire obstacle au fonctionnement concurrentiel et se faire faiseur de prix. Les outils du droit de la concurrence peuvent conduire à des décisions de types faux négatifs et de faux positifs⁹. La politique de concurrence peut donc conduire à des résultats collectivement sous-optimaux. Il peut en aller de même dès lors que les règles de concurrence sont appliquées avec un discernement insuffisant sur le marché *spot*. Une sanction concurrentielle d'un prix excessif qualifié d'abus de position dominante peut résulter d'un *faux positif* en ce sens qu'il est possible qu'il ne s'agisse que d'une rente de rareté indispensable à l'amortissement des unités de pointe (Finon et al., 2011). Ainsi, le risque de sanction concurrentielle peut-il encore accroître les risques en termes de sécurité d'approvisionnement en ce qu'il est susceptible de conduire les firmes de fixer des prix suffisamment élevés pour percevoir lesdites rentes.

Les effets de l'absence de « politique » peuvent également être soulignés en matière d'implantation des unités de production et de développement des réseaux. Par exemple, au niveau des Etats membres. Il en est ainsi du positionnement des unités de production renouvelables par rapport aux centres de consommation. La question du développement optimal des réseaux peut également se décliner au niveau des interconnexions européennes. Nous avons déjà relevé les effets désincitatifs de la théorie des facilités essentielles. La problématique des *merchant transmission investments* (MTI) peut être analysée dans cette logique (de Hauteclocque et al., 2011). Les nouvelles capacités déployées pour résoudre les congestions en matière d'interconnexions entre Etats membres peuvent être exemptées d'obligation d'accès des tiers. Cependant, le déploiement de telles lignes bénéficiant de pareilles exemptions par les opérateurs historiques peut poser des problèmes de concurrence. Il s'agit donc d'arbitrer entre deux risques, l'un portant sur la concurrence et l'autre sur l'unification du marché intérieur.

Ainsi la question de la sécurité d'approvisionnement ne peut être considérée comme réglée dans le cadre d'une régulation exclusivement concurrentielle du secteur. Les *energy only markets* peuvent conduire à long terme à un mix énergétique dégradé et à une moindre sécurité d'approvisionnement, surtout dès lors qu'ils sont couplés avec des interventions à prix administrés réalisées par les Etats membres sur des bases nationales et non coordonnées.

⁹ Pour une illustration de ces difficultés à partir de la décision de l'Autorité de la concurrence belge dans l'affaire Electrabel, voir Marty (2015).

Le soutien aux énergies renouvelables, notamment au travers d'obligations d'achat, parfois combiné avec des priorités d'injection sur le réseau, en constitue un bon exemple. L'électricité produite par ces nouvelles unités soit parce qu'elle se caractérise par un coût marginal très faible soit parce qu'elle est prioritaire dans l'appel des centrales tend à évincer celle produite par des unités de base et surtout par des unités de semi-base (en l'espèce des centrales à gaz). De telles situations induisent à court terme des épisodes de prix négatifs (dans lesquels les opérateurs de ces unités paient pour avoir le droit de continuer à produire et donc éviter les coûts des procédures d'arrêt et de redémarrage. A long terme, elles affaiblissent d'autant les incitations à investir dans ces unités de production et conduisent même à des déclassements d'unités. Par exemple, le rapport de France Stratégie (Auverlot et al., 2015) montre que 21 GW de centrales à gaz ont été retiré du service dans l'UE en 2013 soit 5% de la capacité thermique installée. Un tel phénomène ne va pas dans le sens d'un renforcement de la sécurité d'approvisionnement. En effet, la production des unités renouvelables étant par nature intermittente, il est nécessaire de disposer d'unités en réserve pour pallier les conséquences d'une éventuelle baisse de l'offre. Ainsi, le développement des renouvelables (lié en partie à une intervention publique) nécessite la mise en place aux côtés des mécanismes de marchés, de mécanismes de rémunération ou de réserves de capacités qui impliquent à la fois une nouvelle intervention publique et des risques concurrentiels.

Il convient en effet de discuter les effets de ces dispositifs – mis en place au niveau de chaque Etat Membre – sur le marché intérieur (i.e. sur la concurrence) et sur la sécurité d'approvisionnement au niveau de l'Union. Cette discussion peut être d'autant plus intéressante que certains de ces dispositifs prennent la forme de contrats de long terme. Un premier point tient au fait que ces dispositifs peuvent avoir pour effet de favoriser les opérateurs en place, lesquels détiennent par définition les capacités installées les plus importantes¹⁰. Un second point à prendre en considération est lié aux effets de la diversité des mécanismes mis en place par chaque Etat membre et aux effets externes de chacun de ces derniers sur les dispositifs des autres Etats et sur le marché intérieur en général¹¹.

En effet, les mécanismes mis en place sur une base nationale se caractérisent par leur extrême diversité. Au Royaume-Uni le mécanisme repose sur des contrats de long terme pour les énergies bas carbone. En Espagne, il s'agit de paiements de capacité en Espagne. L'Allemagne a opté pour des réserves stratégiques en Allemagne quand la France a mis en place des marchés de capacité. Ce faisant, la mise en œuvre de dispositifs à une échelle nationale pour gérer la question de la sécurité d'approvisionnement – qui n'est pas réglée par les seuls mécanismes de marché – revient à mettre en cause l'unification du marché intérieur et la concurrence sur ce dernier.

Il convient de noter que les mesures prises à l'échelle nationale peuvent avoir des effets pervers sur l'équilibre des systèmes électriques – de mieux en mieux interconnectés – des

¹⁰ Pour une présentation du marché de capacité français voir Le Bihan-Graf et al. (2015). Rappelons que la Commission européenne a ouvert le 29 avril 2015 une enquête sur les mécanismes de capacités allemands, français, italiens, espagnols, belges, polonais, suédois, portugais, danois et croates (C(2015) 2814 final) quant à leur compatibilité avec l'encadrement des aides d'Etat.

¹¹ Voir pour un débat Grigorjeva (2015).

pays voisins. Les subventions données aux EnR dans le nord de l'Allemagne conduisent à créer des tensions (sans mauvais jeu de mots) sur l'équilibre des systèmes électriques néerlandais et polonais, en termes de congestion des réseaux de transports et des interconnexions mais aussi sur leur sécurité d'approvisionnement à long terme. Par exemple, les centrales à gaz néerlandaises sont significativement menacées de déclassement alors qu'elles sont essentielles face à l'intermittence de la production des EnR (Schultz et Purps, 2014).

b. Les dysfonctionnements en regard des biens communs

La sécurité d'approvisionnement ne se décline pas seulement sous un angle exclusivement national mais aussi européen. En effet, certaines dimensions de la sécurité d'approvisionnement dans l'Union s'inscrivent d'emblée dans une dimension européenne et non pas nationale. Il en est ainsi de la question des infrastructures de transport Sud-Nord dans le domaine gazier, des « péninsules électriques » ou encore de la prise en compte d'une dimension européenne aux négociations avec les pays exportateurs d'énergie primaire. Le cas des infrastructures est à nouveau topique. Les capacités d'importation LNG sont à 60% sur la côte méditerranéenne de l'UE et dans le même temps, les infrastructures ne sont pas aptes à gérer des flux en sens inverse (Laïdi, 2012). Des investissements à l'échelle de l'Union sont donc nécessaires pour rendre possible des transferts intra-européens massifs (Tagliapietra, 2014).

Au-delà de la question de la sécurité d'approvisionnement, il convient de noter que la dégradation du mix énergétique, lié au déclassement d'unité de semi-base, peut se traduire par la mise en cause de l'un des objectifs mêmes de la libéralisation du marché, c'est-à-dire la compétitivité des entreprises. Celle-ci est de fait compromise tant par l'élévation des coûts de l'énergie que par la volatilité de ces derniers¹².

Le modèle *energy only* est susceptible au pire de conjuguer défaillances de la réglementation publique (au travers des interventions non coordonnées des Etats membres) et défaillances de marché. Les signaux de prix donnés par les marchés sont, comme nous l'avons vu, insuffisants à générer des investissements idoines dans les infrastructures de transport mais aussi dans les actifs de production. Alors que l'énergie est trop coûteuse pour les clients industriels (défaut de compétitivité vis-à-vis des EUA) et pour les particuliers (du fait du soutien aux renouvelables notamment¹³), les prix sur le marché de gros sont trop bas pour déclencher les investissements nécessaires à l'horizon 2030 (Auverlot et al., 2015). Dans le même temps, les prix sur le marché de l'électricité sont aisément manipulables et les instruments du droit de la concurrence ont une efficacité discutable pour repérer et sanctionner d'éventuels abus. Qui plus est, les possibilités d'abus croisés entre marchés physiques et marchés financiers rend d'autant plus difficile une éventuelle caractérisation d'un abus de position dominante ou d'une manipulation de marché. Il serait également possible de mettre en exergue les problèmes liés à un prix du CO₂ qui loin de conduire à

¹² Les prix de gros de l'électricité sont supérieurs de 30% en Europe par rapport aux Etats-Unis. Pour le gaz le rapport est de un à deux (Chabanne et al., 2015)

¹³ Le succès des unités de production d'électricité à partir d'énergies renouvelables (ci-après EnR) en Espagne (40%) et en Allemagne (26%) pèse sur la stabilité du système énergétique européen et sur sa stabilité

conduit pas à la décarbonation mène à une augmentation de la part des centrales à charbon dans le mix énergétique.

La sécurité d'approvisionnement, qui se décline sous l'angle du mix énergétique et de l'adéquation des réseaux, constitue donc une dimension cruciale de la prise de conscience européenne, entamée dès 2005 lors de la présidence britannique et dont la première traduction se trouva dans le projet de Constitution européenne.

Comme nous l'avons vu certains *biens communs* à l'échelle de l'Union ne peuvent pas être portés par le marché ou par les Etats membres. Ils supposent une coordination au niveau européen. La question est de savoir s'il s'agit des prémisses d'une convention de réglementation extérieure au niveau européen, de l'émergence d'une convention de réglementation subsidiaire ou d'ajustements ne mettant pas réellement en cause la pérennité de l'actuelle convention de réglementation absente.

2. Une action publique à réintroduire autant que nécessaire

a. L'énergie revient dans le périmètre d'action des instances européennes : l'article 194 TFUE

- Retour de l'énergie dans le cadre des politiques européennes

Les initiatives européennes qui ont été consacrées par l'article 194 du TFUE marquent-elles réellement la fin de la vision de l'énergie selon le seul modèle canonique du marché dé-intégré horizontalement et verticalement dont l'enquête sectorielle de 2005-2007 fournît en creux la meilleure définition en prenant ce dernier comme référence normative ? En d'autres termes conduisent-elles à rompre avec la notion salaisienne de l'Etat absent ? Comme nous l'avons vu cette convention ne se traduit pas par l'absence d'intervention publique dans la sphère économique. Il s'agit plutôt d'une action publique qui construit elle-même, sur une base volontariste et finalisée, les conditions de son propre retrait de la sphère économique mais qui *de facto* doit sans arrêt se réitérer.

Un tel interventionnisme libéral est somme toute différent de l'ordolibéralisme qui inspira au moins indirectement la politique de concurrence européenne. Il s'agit non plus d'une action publique sur le marché visant à prévenir le blocage du processus de concurrence (pour permettre qu'une concurrence complète se pérennise) mais d'une action visant à construire par les règles de droit la concurrence sur un marché donné qui ne l'était pas *ex ante*. Cependant, comme nous l'avons relevé *supra*, les effets de la libéralisation et la prise en compte des externalités liées au fonctionnement des marchés de l'électricité a conduit à identifier des *biens communs* qui ne peuvent exclusivement être portés par les signaux de marché (limite de la convention de l'Etat absent) ou par des politiques industrielles (et énergétiques) nationales (limite de la convention de l'Etat extérieur).

S'il existe donc une place pour une action publique européenne subsidiaire est-ce que pour autant les innovations et la logique sous-tendant les dispositions visées du TFUE vont réellement dans ce sens et peuvent porter ces objectifs ?

Dès le troisième paquet de directives énergétiques une inflexion pouvait être relevée. Les directives de 2009 ont introduits les premiers éléments d'une planification européenne des réseaux de transport. Cela prenait notamment la forme de standards communs pour faciliter les échanges d'énergie transfrontaliers. Elles ont également posé les bases d'une R-D européenne en matière énergétique. Elles ont confirmé le soutien aux EnR dans une logique de décarbonation. Elles ont enfin conduit à la création de trois institutions de coordination, à savoir l'ACER et les réseaux européens des GRT dans le gaz et l'électricité.

Dans le Traité de Lisbonne deux articles ouvrent la voie à un retour de la compétence de l'Union en matière d'énergie. L'article 122 tout d'abord évoque l'esprit de solidarité nécessaire entre les Etats membres en matière de sécurité d'approvisionnement. Ce même esprit se décline à l'article 194 pour un certain nombre d'objectifs de politique énergétique. Ces objectifs résident en la garantie le fonctionnement du marché de l'énergie et de la sécurité d'approvisionnement, dans la promotion de l'efficacité énergétique et des économies d'énergie et enfin dans le soutien au développement des interconnexions¹⁴.

La solidarité (Laïdi, 2012) se comprend donc à la fois en termes de mécanismes préventifs et d'urgence pour garantir la sécurité d'approvisionnement et comme le vecteur d'une politique commune. Cette inflexion par rapport au modèle de la gouvernance concurrentielle repose sur de multiples facteurs tels la gestion de la transition énergétique eu égard au changement climatique, la mise en place de la stratégie 20-20-20 à l'horizon 2020 (Paquet – énergie/ climat de 2008), les retours d'expérience de la mise en place pilote des quotas d'émission du CO₂ (EU-ETS ; European Union – *Emission Trading Schemes*), la prise en compte des enjeux liés à la gestion de la demande, au stockage d'énergie etc... et de leur impact pour les réseaux électriques et gaziers et enfin de l'intégration dans la stratégie européenne du contexte géopolitique et de la dépendance vis-à-vis de certains fournisseurs d'énergie fossile (la crise russo-ukrainienne constitue le facteur déclenchant de cette prise de conscience).

L'esprit de l'article 194 pourrait être d'ajouter au levier concurrentiel, une action partagée avec les Etats membres pour participer dans une logique de subsidiarité – conçue dans un sens conventionnaliste – à la garantie d'un bien commun : la sécurité d'approvisionnement. Il s'agit donc de mettre en œuvre une action à l'échelle de l'Union mais non en surplomb de l'action des Etats membres, comme cela serait le cas dans une convention de réglementation absente. Il s'agirait d'une convention de réglementation située reposant sur des logiques de solidarité, de coordination et de coopération. Cette solidarité se traduit, par exemple, par la présence de la Commission aux côtés des Etats membres dans leurs négociations quant aux approvisionnements de long terme. Dans la même logique, pour remédier à l'opacité et au manque de cohérence liés aux accords entre les Etats membres et les pays tiers, la Commission a proposé une transmission obligatoire des informations et une participation obligatoire aux négociations et aux accords.

¹⁴ La qualité des interconnexions intérieures constitue le premier élément de la sécurité d'approvisionnement dans le cadre de la solidarité entre les Etats.

Elle passe également par le développement de nouvelles infrastructures de transport. Il ne s'agit plus de contraindre les détenteurs d'infrastructures à ouvrir l'accès de celles-ci à leurs concurrents pour rendre le marché aval contestable mais de favoriser activement de nouveaux investissements. L'application de la théorie des facilités essentielles posait, comme nous l'avons vu, des questions en termes d'incitations à de nouveaux investissements. En effet, elle conduisait à privilégier l'efficacité statique à l'efficacité dynamique. La problématique des *Merchant Lines* illustre déjà les conciliations nécessaires entre contribution à la sécurité d'approvisionnement et risque de forclusion anticoncurrentielle (de Hauteclocque et Rioux, 2011). Il en va par exemple ainsi du mandat donné à la Commission pour le gazoduc de la Caspienne (Southern Gas Corridor – Nabucco). Cependant ce cas illustre les problèmes liés à l'articulation de ces initiatives européennes avec les stratégies nationales des Etats membres. En effet, l'action menée au niveau de l'Union ne s'impose pas à ces derniers. Elle est en ce sens subordonnée aux Etats-membres.

En effet, son second paragraphe indique que la politique menée par l'Union ne doit pas contraindre les choix de l'Etat membre en termes de *mix* énergétique ou de politique de sécurité d'approvisionnement. La souveraineté s'impose à la Commission. Il n'y a que sur les bases de la politique environnementale (article 192¹⁵) et comme nous l'avons vu sur celle de la politique de la concurrence que la Commission peut contraindre les choix d'un Etat membre. La diversité des situations des Etats membres s'oppose à la mise en œuvre d'une politique énergétique *unique* qui somme toute reviendrait à la mise en œuvre d'une convention de l'Etat extérieur au niveau européen.

b. Voies d'action : une ligne de crête entre Etats et marchés

Dans la mesure où il est en effet impossible de se substituer aux Etats membres (la politique énergétique reste nationale), il ne saurait donc être question d'une convention de l'Etat extérieur au niveau de l'Union. Il s'agit plus d'une action située en ce sens qu'elle se place au même niveau que celles des Etats membres et des opérateurs de marché. Cette action subsidiaire vise également à fournir à tous un cadre venant limiter leurs incertitudes et un soutien limité à ce qui est nécessaire pour permettre de porter les objectifs collectifs au travers des projets portés par les acteurs (les amender ou les étendre). Elle ne vise à porter des projets directement qu'en cas de défaillance de l'action privée ou publique nationale.

¹⁵ La décision du Tribunal de l'UE du 7 mars 2013 (affaire T-370/11) est ici emblématique. Il s'agissait d'un pourvoi de la Pologne contre une décision de la Commission du 21 avril 2011 relative à des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Pour cet Etat membre sa décision avait violé les articles 194-2 et 192-2 TFUE en ce qu'elle affectait son droit « de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ». La position du Tribunal est particulièrement intéressante en ce qu'elle rattache la décision attaquée à l'article 192 et donc à la politique environnementale. En d'autres termes les restrictions posées à l'article 194 quant à l'action de la Commission ne s'appliquent pas à la politique environnementale : « En revanche, l'article 192, paragraphe 2, TFUE a été rédigé de manière à être applicable lorsque les mesures qui y sont indiquées, telles que celles affectant sensiblement le choix d'un Etat membre entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique, sont concernées ».

Pour autant, il ne s'agit pas d'une notion de subsidiarité dans laquelle l'application des règles définies par l'Union serait « déconcentrée » au niveau des Etats membres.

Cependant, la définition des modes d'intervention ne va pas de soi. En effet, mettre en œuvre une action publique subsidiaire au niveau européen est particulièrement difficile tant vis-à-vis des Etats membres que des opérateurs de marché.

- Prise en compte des Etats membres

Même si la libéralisation avait été totalement couronnée de succès, le marché intérieur se heurterait à des limites fortes quant à son unification. En effet, le cadre institutionnel demeurerait morcelé, notamment sous l'effet des politiques énergétiques nationales et des spécificités de chaque régulation sectorielle. Cette balkanisation ne serait pas qu'institutionnelle, elle serait également physique. Cela serait le cas du fait d'interconnexions insuffisantes, des bouquets énergétiques divers (notamment sous l'impact d'une dépendance de sentier) et des accords internationaux d'approvisionnement qui sont négociés sur une base uniquement nationale. Il existe donc une tension liée au refus des Etats membres de réellement partager une compétence stratégique nationale face à la nécessité de mettre en œuvre une solidarité portée par le Traité de Lisbonne. Il existe en outre un balancement – dans le mauvais sens – entre la logique communautaire et la logique intergouvernementale au sein même de l'article 194. La politique énergétique est au mieux une compétence partagée et l'action des instances européennes se fait dans le respect des choix de politique énergétique des Etats membres.

Trois exemples peuvent illustrer une telle tension entre initiatives des Etats membres et contrôle de leurs effets au niveau européen. Un premier tient à la difficulté de concilier la diversité des choix des Etats membres en matière de mise en œuvre de mécanismes de capacité avec la gestion des effets croisés de ceux-ci entre un Etat membre et un autre. Si une unification européenne est impossible (Auverlot, 2015) mais une coordination est nécessaire. Un deuxième exemple porte sur l'encadrement des aides en faveur EnR non seulement eu égard aux critères traditionnels de nécessité et de proportionnalité mais également en prenant en compte les effets externes. Il s'agirait par exemple de supprimer les aides lors des épisodes de prix négatifs ou de remettre en cause leur priorité d'injection dans le réseau¹⁶. Un dernier exemple tiendrait en une participation des EnR aux mécanismes d'ajustement¹⁷.

- Prise en compte des relations avec les opérateurs privés

Si l'on considère le soutien aux investissements nécessaires à la sécurité d'approvisionnement dans l'Union, une question peut être posée quant à la capacité réelle de la Commission à susciter et à porter les projets d'investissements. Il convient en effet de questionner la viabilité d'une logique publique-privée au niveau européen. Nous retournons

¹⁶ Les producteurs d'EnR peuvent de fait produire sans avoir à tenir compte de la valeur économique de leur production et des contraintes réelles du réseau (Beeker, 2015).

¹⁷ Les lignes directrices européennes d'avril 2014 apportent des éléments de réponse à cette problématique en prévoyant un passage de la logique des tarifs d'achat (feed-in-tariffs) à un mécanisme de primes conditionnelles en fonction de la situation du réseau (voir par exemple Dezobry, 2015).

la problématique du Plan Juncker et du financement des infrastructures en PPP. Il s'agit de cofinancements public-privé via la BEI et / ou de financements dont le coût est réduit par des garanties publiques.

L'idée est d'attirer vers ces projets des investisseurs en capital patient (Tagliapietra, 2014). L'action de la Commission vise à améliorer leur note de crédit pour les rendre éligibles aux critères retenus par les comités d'investissements des fonds de pension, d'assurance ou des fonds souverains. Cela prend par exemple la forme d'obligations de projet (*projects bonds*) au travers desquels les instances européennes jouent le rôle de réhausseurs de crédits qui rendaient certains mal notés financièrement car trop risqués éligibles aux financements des investisseurs en capital patient en leur fournissant une garantie sur le service de la dette (Dupas et al., 2015). L'action de l'Union pourra revêtir une forme subsidiaire en ce que les infrastructures pour lesquelles le rendement privé serait inférieur au rendement social (i.e. induisant un sous-investissement spontané en fonction des seuls signaux de marché) pourraient bénéficier de subventions par l'intermédiaire du MIE – Mécanisme pour l'Interconnexion en Europe.

Nous pourrions ce faisant ouvrir aux problématiques classiques des PPP. Quel effet de levier des financements publics et quel impact des garanties publiques sachant qu'au final les taux de la dette publique sont très faibles ? Ne risque-t-on pas au final de payer un surcoût de financement sans transfert de risque ? Quelle est l'influence du privé sur la conception et le choix des investissements ? Pour reprendre le cadre salaisien le PPP correspond-il réellement à un Etat subsidiaire ou à un approfondissement de l'Etat absent ?

Il est à noter que le dilemme entre régulation concurrentielle et « planification nécessaire » au niveau européen a pu trouver une proposition de solution dans le cadre d'un rapport pour le Conseil Français de l'Energie dans la création d'une nouvelle Haute Autorité sous le modèle de celle qui fut mise en place dans la CECA par le Traité de Paris (Laïdi, 2012). Cette Haute Autorité pourrait piloter une politique énergétique commune (approvisionnement, relations avec les pays tiers, politique industrielle,...). Cependant, comme le notait l'auteur de cette proposition l'heure n'est plus à telles délégations de souveraineté, notamment au vu des phénomènes de dépendance de sentier et des dynamiques parfois divergentes des systèmes énergétiques des Etats membres.

Conclusion : Quid de l'effectivité du 194 TFUE ?

Face à l'incapacité des *energy only market* à porter des objectifs relevant de l'intérêt général et plus particulièrement de la conciliation entre décarbonation et sécurité d'approvisionnement en Europe, une action publique est nécessaire (Finon, 2013). L'article 194 a marqué le retour de grandes ambitions en matière de politique européenne de l'énergie. Un symbole de ce retour de la thématique fut la création d'un vice-président pour l'union énergétique au sein de la Commission Juncker (septembre 2014) en plus du commissaire pour l'énergie et le climat. Ses missions sont d'assurer la réalisation des objectifs énergétiques et climatiques à l'horizon 2020-30, de parfaire le marché intérieur, de coordonner les actions au niveau européen pour améliorer la sécurité collective des approvisionnements, diversifier les sources et les canaux d'approvisionnement de l'énergie

et mutualiser les pouvoirs de négociation au niveau de l'UE, de mobiliser les investissements publics et privés dans les réseaux, les EnR et l'efficacité énergétique et de faire de l'UE le n°1 mondial des EnR. Dans le même temps, les principes responsabilité (prise en compte des effets des décisions unilatérales), de solidarité (en cas de rupture d'approvisionnement), de rationalité économique (préalablement à tous les choix) et de résilience pourraient être dégagés pour fournir la base d'une coordination européenne (Auverlot et al., 2015).

Dans le même temps, cette logique de solidarité est soumise aux pressions des règles de concurrence, des politiques spécifiques des Etats membres et des opérateurs économiques. A ce titre, l'article 194 pourrait sembler se limiter à un vain effet d'annonce. L'impératif concurrentiel, constitutif de la construction européenne, s'impose toujours. On pourrait d'ailleurs le voir avec l'encadrement des aides publiques qu'il s'agisse de l'application aux EnR ou des investissements dans les infrastructures eux-mêmes. A ce titre, il serait possible de considérer que les évolutions ne soient au mieux que des ajustements apportés à un modèle de base concurrentiel, en d'autres termes des dispositifs institutionnels additionnels¹⁸ visant à pallier des défaillances de marché (pour une application de cette logique au cas français voir Reverdy (2014)). L'importance de la notion de défaillance de marché comme facteur justificatif et critère de mesure de la proportionnalité pour les aides publiques pourrait justifier une telle analyse. Le modèle concurrentiel demeure comme le modèle de référence. L'action publique n'est admise qu'à titre *subsidaire* (dans un sens qui n'est pas celui des conventionnalistes) pour pallier les dysfonctionnements des marchés sans que la convention de réglementation sous-jacente ne soit remise en cause.

Comme nous avons vu à ce primat de la politique de concurrence et dans une moindre mesure au poids de la politique environnementale, s'ajoute la possibilité donnée aux Etats membres par l'article 194 d'écarter l'action de la commission. A ce titre, il peut apparaître comme un article trop vague et très peu contraignant. De façon paradoxale son caractère d'article autonome pourrait être considéré comme étant du domaine d'une simple déclaration d'intention. Cependant, même si l'effectivité de l'article ne semble pas acquise il n'en offre pas moins des ressources d'action à la Commission, ressources dont elle pourra faire usage dans le futur en fonction des opportunités. A ce titre, un parallèle peut être réalisé avec d'autres étapes de la construction européenne à l'instar des règlements de 1962 et de 1989 en matière de concurrence. Nous pourrions illustrer cette hypothèse à partir des travaux de Warloutet (2015).

Ce dernier adopte une approche d'institutionnalisme historique pour décrire la place de la concurrence dans la construction européenne pour illustrer l'importance dans le domaine des phénomènes de dépendance du sentier, de points de retournement et de conséquences

¹⁸ Notons que l'action des Etats membres en matière énergétique témoigne d'un retour à un certain pragmatisme dans le sens d'une combinaison entre régulation par les marchés et action publique relevant d'une logique de politique industrielle classique. Par exemple, l'UK Energy Act de 2013 vise à susciter au travers de financements privés et de PPP près de 110 milliards de Livres de nouveaux investissements dans le secteur de l'énergie (Johnston et al., 2014). Dans le même temps, le rapport de France Stratégie publié en août 2015 (Auverlot et al., 2015) montre bien que l'incapacité des *energy only markets* à fournir les incitations à l'investissement nécessaires au déclenchement des investissements ne fait pas consensus. Pour certains auteurs, un marché de gros « assaini » suffira à produire les signaux idoines pour que se constitue à terme un mix énergétique optimal sans qu'une intervention de la puissance publique soit nécessaire.

non attendues¹⁹. Les premiers créent des boucles auto-renforçantes mais n'excluent pas des fenêtres dans lesquelles des changements de fonds sont possibles mais dont les effets peuvent être identifiés que des années après et de façon inattendue pour les acteurs. Dans son analyse Warlouzet montre que cela fut notamment le cas pour le règlement 17/1962. Si le Traité n'avait pas permis de trancher entre les conceptions allemandes et françaises et n'avait au final que conduit les deux acteurs étatiques à marginaliser la Commission vis-à-vis de leurs propres lois et traditions nationales, ce fut le règlement porté par le Commissaire Hans von der Groben qui donna ses trois caractéristiques fondamentales à la politique européenne de concurrence, à savoir la primauté d'un critère concurrentiel et non une évaluation économique générale comme le défendaient les Français dans une optique de type service d'intérêt économique général, la priorité donnée aux cartels contre les abus d'exploitation et d'éviction et enfin la primauté donnée à la Commission (dans une logique éloignée du modèle français – administratif – mais aussi allemand – fondé sur une stricte séparation entre la production et l'application du droit de la concurrence).

Cette primauté n'allait pas de soi avant que la Commission ne soit dotée des ressources d'actions offertes par le règlement 17/62 et la mobilisation efficace qu'elle puisse activer efficacement celles-ci à partir des années soixante-dix et quatre-vingt. Comme le note Wilks (2005), la Commission fut, sans que cela ne fut réellement noté en 1962, dotée d'importantes attributions procédurales que lui offrirent un « monopole de juridiction » en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles à l'échelle européenne et qui contribuèrent à l'affranchir dans le domaine de la supervision du conseil et des Etats membres. Comme nous l'avons noté précédemment les effets de ces ressources d'actions ne seront effectivement sensibles que deux décennies plus tard (Wilks et Bartle, 2002). Dans le domaine qui nous intéresse aujourd'hui, la présence de la Commission aux négociations menées par les Etats membres et la diffusion des informations aux autres Etats peuvent constituer de puissants leviers d'action en fonction de l'usage qui en sera fait par la Commission

Au-delà de telles anticipations, il convient de noter que le premier levier à disposition de la Commission demeure paradoxalement la politique de concurrence. La part de discrétion dont dispose la Commission en matière de mise en œuvre de la politique de concurrence et la plasticité de celle-ci lui offre d'indéniables ressources d'action. Le levier concurrentiel a pu être utilisé pour pallier les blocages du 3^{ème} paquet, il peut également l'être pour aider à la réalisation des objectifs de la Commission en termes de sécurité d'approvisionnement.

Un certain nombre d'inflexions peut être relevé. Par exemple, Scholtz et Purps mettent en évidence, dans leur suivi de jurisprudence annuel 2014 sur l'énergie du *Journal of European Competition Law and Practice*, que les cas traités au niveau européen en regard des règles de concurrence se sont focalisés en 2013 « on practices that directly hindered cross-border trade and stood in the way of efficiencies the internal market is supposed to bring about ». Ce déplacement de focale répond de fait au déplacement progressif des enjeux de l'économie du secteur. Les promesses des capacités de production relativement décentralisées et raisonnablement capitalistiques (cycle combiné) rendaient peut-être possibles les espoirs mis

¹⁹ Pour un exemple d'application de cette perspective à la politique de concurrence européenne, voir notamment Bütte (2007).

dans les *energy only markets* dans les années deux mille. La montée en puissance des renouvelables dans le mix énergétique européen change inexorablement la donne. Les coûts fixes sont plus importants. Il est nécessaire d'introduire des mécanismes de capacité pour faire face aux difficultés liées à l'intermittence de la production. Enfin, il est indispensable de renforcer les réseaux pour gérer la déconnexion croissante entre lieux de production et lieux de consommation de l'énergie et l'effet de l'introduction de ces EnR dans l'ordre de mérite.

De la même façon, l'action de la Commission vis-à-vis des contrats de long terme évolue dans le sens d'un pragmatisme renforcé comme le montre le cas du dispositif de capacité britannique. En effet, l'Energy Act de 2013 introduit une réforme du marché de l'électricité (EMR) qui repose sur la mise en jeu de nombreux mécanismes reposant sur ces dispositifs. Il en est ainsi des CFD (contracts for difference²⁰) visant à offrir des contrats de long terme pour inciter les entreprises à investir dans des technologies à faible impact carbonique. Le marché de capacité britannique a également fait l'objet d'une validation par la DG Concurrence au titre du contrôle des aides d'Etat en juillet 2014. Dans le cadre de ce marché, le GRT lance chaque année des enchères centralisées de façon à obtenir le niveau de capacités requis pour garantir l'adéquation de la production. En contrepartie d'un paiement pour toute la durée du contrat de capacité, entreprises retenues seront tenus de fournir des capacités pendant les périodes de tension sur le réseau électrique, sous peine de pénalités. Si les nouveaux entrants pourront bénéficier de contrats de 15 ans, les autres opérateurs n'auront que des contrats annuels à moins qu'une modernisation des actifs ne justifie un contrat triennal.

Références

- Akman P., (2016), "The reform of the application of article 102 TFEU: Mission accomplished?", *Antitrust Law Journal*, à paraître.
- Amendola M., Gaffard J.-L. and Marty F., (2004), "Prices, Costs and Investment : Why Sticky Prices are Necessary. An Illustration with the Case of Regulated-Deregulated Industries", Schumpeter Society 10th International Conference, Milan, June.
- Andoura S., Hancher L., and Van Der Woude M., (2010), *Towards a European Energy Community: a Policy Proposal*, Notre Europe, Brussels.
- Auverlot D., Beeker E., Hossie G., Oriol L. et Rigard-Cerison A., (2014), *La crise du système électrique européen: diagnostic et solutions*, France Stratégie, janvier.
- Auverlot D., Beeker E. et Hossie G., (2015), *L'Union de l'Energie*, France Stratégie, août.
- Beeker E., (2015), « La sécurité d'approvisionnement électrique », in Auverlot D., Beeker E. et Hossie G., (2015), *L'Union de l'Energie*, France Stratégie, août, pp.31-51.
- Blumann C., (2009), « Les compétences de l'Union Européenne dans le domaine de l'énergie », *Revue des affaires européennes*, volume 4, p.737-748.

²⁰ Il s'agit d'un contrat de droit privé entre une entité publique et un producteur d'électricité garantissant au premier d'être compensé d'une éventuelle différence entre le prix qui permet de couvrir son investissement et le prix moyen du marché. Ce mécanisme offre la stabilité nécessaire des flux de ressources pour permettre la décision d'investissement (en évitant de soumettre le service de la dette au risque lié à la volatilité des prix de gros) tout en évitant de verser des soutiens non indispensables quand les prix de marché sont suffisamment élevés.

Bougette P. et Marty F., (2012), « Quels remèdes pour les abus de position dominante ? Une analyse économique des décisions de la Commission Européenne », *Concurrences*, n°3-2012, pp.30-45.

Bourreau M., Doan P. and Manant M., (2011), "A Critical Review of the "Ladder Investment" Approach", *Telecommunications Policy*, volume 34, issue 11, pp.683-696.

Büthe T., (2007), "The Politics of Competition and Institutional Change in European Union: The First Fifty Years", in Meunier S. and McNamara K., eds, *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty*, Oxford University Press.

Chabanne N., Cresta J., Kalinowski L. et Schneider A., (2015), *Communication de la Commission des Affaires Européennes sur le cadre stratégique pour une Union de l'énergie proposée par la Commission européenne (COM(2015)80 final)*, Assemblée Nationale, mai.

Cave M., (2006), "Encouraging Infrastructure Competition via the Ladder of Investment", *Telecommunications Policy*, volume 30, issues 3-4, pp.223-237.

Chao H., Oren S. and Wilson R., (2005), "Restructured Electricity Markets: Reevaluation of Vertical Integration and Unbundling", *EPRI Technical Paper*.

Commission européenne, (2007a), *Enquête menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur les secteurs européens du gaz et de l'électricité (rapport final)*, janvier.

Commission européenne, (2007b), *Proposition de « 3^{ème} paquet énergie »*, septembre.

Commission européenne, (2016), *The economic impact of enforcement of competition policies on the functioning of EU Energy Markets*, DG Concurrence, janvier.

Defeuilley C. et Meunier G., (2006), « La gestion du risque d'une commodité non stockable : les limites d'une couverture financière », *Economies et Sociétés – série Economie de l'Energie*, volume 10-11.

Dezobry G., (2009), *La théorie des facilités essentielles : essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris.

Dezobry G., (2015), « Les lignes directrices concernant les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020 », *CEEM Working Paper 2015-12*, 13p.

Didry C. et Marty F., (2015), « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », avec Claude Didry, *Document de travail OFCE*, n° 2015-23, septembre, 26p.

Dupas N., Marty F. et Voisin A., (2015), « Investisseurs en capital patient et financement de long terme des infrastructures publiques », *Gestion & Finances Publiques*, n°3-4, mars-avril, pp.107-113.

Farrell J., (2003), "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems", in Lévêque F. and Shelanski H., eds., *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, U.K., pp.95-105.

Finon D., (2013), « Le rôle croissant de la main visible dans les marchés électriques européens: l'effet des politiques de décarbonation sur le régime de marché », *Working Paper CEEM*, n°2013-05, 15p.

Finon D., Defeuilley C. et Marty F., (2011), « Signaux-prix et équilibre de long terme : reconsidérer les formes d'organisation sur les marchés de l'électricité », *Economie et Prévision*, n°197-198, 2011/1-2, pp.81-104

Finon D. and Rocques F., (2008), "Financing arrangements and industrial organizations for new nuclear build in electricity markets", *Competition and Regulation in Network Industries*, volume 9, n°3, pp.3247-3282.

Friedman M., (1953), *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press.

Gerber D., (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.

Grigorjeva J., (2015), « Les mécanismes de capacité dans l'UE: une nationalisation de la sécurité énergétique? », *Policy Paper Jacques Delors Institut*, Berlin, mai, 20p.

Hancher L. and de Hauteclocque A., (2010), "Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice", *EUI Working Papers*, RSCAS 2010/01.

Hauteclocque (de) A., (2013), *Market Building through Antitrust – Long-term Contract Regulation in EU Electricity Markets*, Edward Elgar, 224p.

Hauteclocque (de) A. and Glachant J.-M., (2009), Long-term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy but not Crazy", *Energy Policy*, volume 37, issue 12, pp.5399-5407.

Hauteclocque (de) A. and Glachant J.-M., (2011), "Long-term contracts and competition policy in European Energy Markets", in Glachant J.-M., Finon D., and de Hauteclocque A., eds., *Competition, Contracts and Electricity Markets*, Edward Elgar, pp.201-232.

Hauteclocque (de) A. and Rious V., (2011), "Reconsidering the Regulation of Merchant Transmission Investment in the Light of the Third Package: The Role of Dominant Generators", volume 39, issue 11, pp. 7068-7077.

Hauteclocque (de) A., Marty F. and Pillot J., (2011), « The essential facilities doctrine in European competition policy: the case of the energy sector », in Glachant J.-M., Finon D. and de Hauteclocque A. (eds), *Competition, Contracts and Electricity Markets: a New Perspective*, Edward Elgar, London, pp.259-292.

Johnston A., Heffron R.J. and McCauley D., (2014), "Rethinking the scope and the necessity of energy subsidies in the United Kingdom", *Energy Research and Social Science*, volume 3, pp.1-4.

Joskow P., (2008), "Lessons learned from electricity market liberalization", *The Energy Journal*, special issue *The future of electricity – papers in honour of David Newberry*, pp.9-42.

Laïdi Z., (2012), *Les conditions de mise en œuvre de la solidarité énergétique européenne*, Rapport pour le Conseil Français de l'Energie, CEE-Sciences Po., 69p.

Le Bihan-Graf, L'Hostis C. et Souriadakis A., (2015), « Electricité : Les mécanismes de capacité en Europe », *Revue de l'Energie*, n°626, juillet-août, pp.277-289.

Marty F., (2006), « La libéralisation du secteur électrique : Une approche en terme de dynamique conventionnelle », in Eymard-Duvernay F. (s.d.), *L'économie des conventions, méthodes et résultats*, tome II : *Développements*, Paris, La Découverte, avril, 480p.

Marty F., (2011), « Une régulation du secteur de l'énergie au travers des procédures d'engagements ? Réflexions sur le contentieux concurrentiel européen », *Economie Publique*, vol. 26-27, 2011-1/2, pp.93-128.

Marty F., (2015), « De la difficile caractérisation des abus d'exploitation sur les marchés de gros de l'électricité », note sur la décision n° ABC-2014-I/O-15 80 du Collège belge de la concurrence rendue le 18 juillet 2014, *Revue de droit des industries de réseaux*, volume 2015/1, pp.80-102.

Reverdy T., (2014), *La construction politique du prix de l'énergie. Sociologie d'une réforme libérale*, Presses de Sciences Po, 320 p.

Salais R., (2015), « Revisiter la question de l'État à la lumière de la crise de l'Europe : État extérieur, situé ou absent », *Revue française de socio-économie*, Hors-Série, 2015/2, pp.245-262.

Salais R. et Storper M., (1993), *Les mondes de production : enquête sur l'identité économique de la France*, Editions de l'EHESS, Paris.

Schweitzer H., (2008), "Commitment Decisions under Art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", *EUI Working Paper*, Law 2008/22.

Scholtz U. and Purps S., (2014), "The Application of EU Competition Law in the Energy Sector", *Journal of European Competition Law & Practice*, volume 5, n°2, pp.100-112.

Tagliapietra S., (2014), "Towards a European Energy Union: The Need to Focus on Security of Energy Supply", *Nota di Lavoro della Fondazione ENI Enrico Mattei*, n°95-2014.

Warlouzet L., (2015), "The Centralisation of EU Competition Policy: Historical Institutional Dynamics from Cartel Monitoring to Merger Control (1956-91)", *Journal of Common Market Studies*, pp.1-17.

Wilks S., (2005), "Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of European Competition Policy", *Governance*, vol. 18, n°3, pp.431-452.

Wilks S. and Bartle I., (2002), "The Unanticipated Consequences of Creating Independent Competition Agencies", *West European Politics*, volume 25, n°1, pp.148-172.